

Il controverso rapporto tra l'illegittimità del permesso di costruire e le contravvenzioni edilizie

di Giorgio Pighi

Docente di Diritto penale - Università di Modena e Reggio Emilia

SOMMARIO: 1. Introduzione 2. Il controllo di legittimità del permesso di costruire: considerazioni preliminari 3. Alla radice dell'accertamento incidentale di legittimità: la possibile sfasatura tra tipicità del reato ed "antigiuridicità generale" (extrapenale) dell'intervento edilizio 4. Divisione dei poteri e principio di legalità nei rapporti tra norma incriminatrice ed atto amministrativo "ampliativo" 5. Il "vuoto di tutela urbanistica" fra politica criminale ed interpretazione. La disapplicazione ed il suo tramonto 6. La funzione del bene giuridico e la sua individuazione nelle contravvenzioni edilizie 7. Bene strumentale e bene finale nelle contravvenzioni edilizie: una contrapposizione da mettere a punto 8. Tutela di beni e tutela di funzioni in campo edilizio 9. La concezione sostanzialistica delle contravvenzioni edilizia. Opere conformi a permesso illegittimo e "graduazione" nelle tre ipotesi dell'art. 44 del T.U

1. Introduzione

Il sistema delle contravvenzioni, disegnato dall'art. 44 del nuovo Testo Unico sull'edilizia n. 380/2001, accanto all'integrale conferma delle fattispecie già previste dall'art. 20 l. 47/1985, contiene anche un'importante novità.

Per effetto della c.d. "legge obiettivo" (n. 443/2001), le costruzioni realizzate in violazione della D.I.A., nei casi in cui questa può essere presentata "in concorrenza" (c.d. "Super D.I.A.") con la richiesta di permesso di costruire (all'epoca ancora concessione edilizia), sarebbero state prive di tutela penale. E' stata quindi introdotta una nuova figura, il reato di costruzione in assenza o in difformità da tale titolo, inserita dal nuovo comma 2 *bis* dell'art. 44 in forza del quale: *"Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi suscettibili di realizzazione mediante denuncia di inizio attività ai sensi dell'articolo 22, comma 3, eseguiti in assenza o in totale difformità dalla stessa"*.

La modifica è intervenuta sull'impianto originario del T.U. non ancora entrato in vigore, aggiornando opportunamente gli effetti incoerenti che la nuova "alternativa" tra i titoli abilitativi avrebbe comportato: la contemporanea esistenza di interventi eseguiti in totale difformità o con variazioni essenziali rispetto al titolo, qualificabili come reato ovvero come illecito amministrativo in forza di scelta "governata" dallo stesso richiedente.

Oggi il quadro delle contravvenzioni edilizie è pertanto il seguente.

L'art 44 alla lettera a) prevede:

- Inosservanza delle norme previste dal titolo IV del Testo unico non aventi ad oggetto l'edificazione (es.: art. 28: mancata apposizione del cartello ed altre violazioni urbanistico – edilizie);
- Inosservanza delle prescrizioni e delle modalità esecutive previste dai regolamenti edilizi;

- Inosservanza delle prescrizioni e delle modalità esecutive previste dagli strumenti urbanistici;

- Inosservanza delle prescrizioni e modalità esecutive previste dal permesso di costruire (o dalla “Super D.I.A.”) nelle due ipotesi di parziale difformità e variazione essenziale (*sono così qualificati ai sensi dell’art. 32 del T.U., e rientrano nella lett. a, tranne i casi di vincolo rientranti nella lett. c le seguenti ipotesi: 1) mutamento di destinazione d’uso; 2) aumento cubatura o superficie; 3) modifica sostanziale dei parametri urbanistici ed edilizi; 4) localizzazione dell’edificio sull’area; 5) mutamento delle caratteristiche; 6) violazione delle norme antisismiche*).

L’art 44 alla lettera b) prevede:

- Esecuzione di lavori in assenza del permesso di costruire;
- Esecuzione di lavori in totale difformità dal permesso di costruire;
- Esecuzione di lavori in assenza o in totale difformità dalla “Super D.I.A.”;
- Prosecuzione dei lavori nonostante l’ordine di sospensione;

L’art 44 alla lettera c) prevede:

- Lottizzazione abusiva attraverso opere;
- Lottizzazione abusiva attraverso atti negoziali;
- Intervento edilizio (*riferito alle medesime tipologie della lett. b*) in zone vincolate, in assenza di permesso, in contrasto con esso o in variazione essenziale, ovvero in assenza o in contrasto con la Super D.I.A.

2. Il controllo di legittimità del permesso di costruire: considerazioni preliminari

Il tema dei rapporti tra legittimità del permesso di costruire e contravvenzioni edilizie che interessa, ovviamente, le sole fattispecie che hanno come destinatario chi ha ottenuto tale titolo (o ha presentato la “Super D.I.A.” nel caso indicato), non prende in esame la *divergenza* tra l’opera assentita nell’atto amministrativo e quella effettivamente realizzata e cioè, per così dire, l’ambito di elezione delle contravvenzioni edilizie.

Il nostro approfondimento - non sembri un paradosso - riguarda la situazione opposta, in quanto *la costruzione realizzata di cui ci occupiamo è identica rispetto a quella definita dal progetto e dal permesso approvati dal Dirigente comunale che tuttavia, nel rilasciare il titolo, non ha rispettato norme e prescrizioni*.

La questione di cui ci occupiamo ha finito progressivamente col trasformarsi in un fondamentale nodo da sciogliere, fino a coinvolgere lo stesso elemento materiale delle nostre contravvenzioni al quale, ad un primo esame, appare invece estranea. Si evidenzia in tal modo il percorso tormentato seguito dalla giurisprudenza per trovare soluzioni soddisfacenti e miranti – essenzialmente – a cercare un equilibrio tra opposte esigenze: alcune marcatissime preoccupazioni di prevenzione generale e la necessità di rimanere nell’alveo di un percorso dotato di sufficiente rigore interpretativo.

Sono fondamentalmente due le posizioni giurisprudenziali, sviluppatesi in ordine di tempo, che portano chi esegue i lavori conformi a permesso illegittimo a rispondere delle contravvenzioni edilizie: quella del *sindacato di legittimità dell’atto* e quella che costruita sulla necessità di *interpretare l’elemento normativo “permesso*

di costruire” in termini non formali ma di antigiuridicità generale e cioè verificando, oltre alla presenza del titolo di legittimazione, il suo “valido” o “legittimo” contenuto in termini di conformità alle norme ed agli strumenti urbanistici.

Quest’ultima impostazione sviluppa la c. d. “*concezione sostanzialistica*” che si contrappone a quella tradizionale, che può definirsi “*concezione funzionalistica*” poiché pone a fondamento della fattispecie il bene giuridico rappresentato dalla funzione di governo del territorio degli enti locali, e ritiene che la “non conformità” al permesso sia il solo possibile elemento costitutivo delle contravvenzioni edilizie che presuppongono il suo rilascio. Così leggendo la fattispecie il permesso è presupposto del reato a cui non è “affiancato”, quale ulteriore elemento costitutivo, alcun obbligo in capo al reo di verificarne la legittimità.

Le due posizioni che ritengono configurabili le contravvenzioni edilizie per l’esecuzione di lavori conformi ad un permesso illegittimo (*disapplicazione dell’atto illegittimo e concezione sostanzialistica*) necessitano di autonoma ricostruzione anche se, evidentemente, hanno alcuni punti in comune. Entrambe azzerano la valenza dell’elemento oggettivo qualificabile come *avvenuto rilascio del permesso* come fatto tipico che circoscrive sul piano sostanziale il disvalore della fattispecie e che consente, su quello formale, di affermare che, una volta rilasciato, l’atto è in grado di spiegare, senza eccezioni e senza alcun altro obbligo da parte del privato, tutti i suoi effetti legittimanti. Sarebbe invece da seguire la tesi esattamente opposta e dunque l’atto che autorizza la costruzione non basterebbe, secondo entrambe le impostazioni, per ritenere che i lavori eseguiti siano “conformi” ovvero “difformi” rispetto a quanto il “costruttore” poteva ritenersi autorizzato a costruire.

Le due concezioni non considerano compiutamente legittimato il comportamento del privato dall’esercizio del *governo del territorio* e spostano dal Dirigente comunale al Giudice la valutazione della legalità dell’intervento edilizio e considerano quale bene giuridico tutelato *l’assetto finale del territorio*, che deve risultare conforme prima ancora che al permesso, alle norme ed agli strumenti urbanistici e, in caso contrario, assume comunque rilievo penale.

In tali impostazioni va individuato il nucleo di una forte “discrasia” fra giurisprudenza e dottrina (GROSSO), ferma e concorde nell’affermare che “*il giudice penale in materia di reati edilizi non è ... chiamato a giudicare nel merito dell’impatto urbanistico ed ambientale dell’opera; è chiamato piuttosto a giudicare l’osservanza delle regole e delle procedure di controllo disposte a protezione del territorio e dell’ambiente*”.

Le due concezioni tendono a far valere una posizione di garanzia *privata* che imporrebbe a chi costruisce di accertare la suddetta conformità anche a permesso rilasciato. Essa dunque si affianca alla posizione di garanzia *pubblica* di chi rilascia il permesso.

Ognuna delle due concezioni ha comunque una peculiarità che la differenzia dall’altra.

La teoria (ormai ritenuta unanimemente superata) che impone al giudice il *sindacato incidentale di legittimità*, ha come conseguenza *l’allargamento dei casi di*

assenza del permesso prevista dalla lett. b), attraverso l'equiparazione dell'assenza del permesso in senso giuridico all'assenza in senso materiale.

La concezione sostanzialistica, invece, afferma la necessità dell'interpretazione teleologica (in funzione del bene giuridico) della fattispecie *prevista dalla lett. a)* alla quale fa conseguire *l'obbligo per chi costruisce d'interpretare correttamente tutte le norme urbanistiche e quelle dei piani regolatori, fino ad astenersi dal costruire se l'opera legittimata dal permesso contrasti con tali norme, poiché quest'ultimo sarebbe, da solo, insufficiente per definire lo "stato giuridico" della costruzione.* Essa è caratterizzata, a sua volta, da due distinti orientamenti: la responsabilità per la sola ipotesi prevista dalla *lett. a)*, ovvero anche per quelle previste dalla *lett. b)* e dalla *lett. c)*, ed i suoi fautori la considerano naturale evoluzione della prima.

La ricorrente affermazione giurisprudenziale, secondo la quale il permesso sarebbe da solo insufficiente a definire lo stato giuridico della costruzione, non comporta solamente che il rilascio del permesso esiga il rispetto delle norme cui deve essere conforme e che il "costruttore" debba uniformarsi alle regole che disciplinano la sua attività. L'elemento normativo "permesso di costruire", in vero, sarebbe non completamente esplicitato: l'espressione tipica della norma incriminatrice *minus dixit quam voluit*. La giurisprudenza che richiama tale "insufficienza", infatti, non pone né un problema di *contenuti* del permesso né di *obblighi ulteriori* rispetto a tali contenuti, ma afferma un *vero e proprio dovere d'astenersi dal costruire in presenza di atto illegittimo* previsto dall'ordinamento in quanto la legge, quando parla di *permesso* si riferirebbe soltanto a quello legittimo.

3. Alla radice dell'accertamento incidentale di legittimità: la possibile sfasatura tra tipicità del reato ed "antigiuridicità generale" (extrapenale) dell'intervento edilizio

E' di tutta evidenza che la tecnica legislativa utilizzata per le contravvenzioni edilizie pone al centro della fattispecie penale, quale vero e proprio "fuoco" della disciplina e della sua interpretazione, il permesso di costruire e cioè *l'atto di legittimazione dell'attività d'edificazione*.

Le nostre contravvenzioni sono costruite sull'obbligo, posto a carico del "costruttore", di uniformarsi a tale atto che è elemento tipico, costitutivo della struttura criminosa. Esso presuppone il rispetto delle norme da parte del Dirigente comunale che rilascia il permesso, ma quest'ultimo elemento rimane all'esterno di tale struttura, anche se i due obblighi hanno lo scopo convergente di determinare la realizzazione di un'attività edilizia e di un assetto del territorio pienamente conformi alle leggi ed agli strumenti urbanistici.

Se il tema è affrontato in termini di politica criminale, ed in particolare sotto il profilo della prevenzione generale, appare evidente il potenziale punto di frizione che si realizza nel perseguire il sostanziale obiettivo che la legge intende raggiungere. Mentre è agevole per l'ordinamento intervenire nei confronti del privato che costruisca in assenza del permesso o in difformità dallo stesso, la medesima reazione appare "paralizzata" quando il permesso non sia conforme a norme e strumenti

urbanistici e dunque il privato sia stato legittimato dal Dirigente comunale a costruire ciò che non poteva o come non avrebbe potuto.

Si può senz'altro affermare che, in termini di prevenzione generale e comunque di politica criminale, l'Ordinamento appare in una situazione che evidenzia preoccupante debolezza nel perseguimento di detta tutela sostanziale, sino a fare apparire la disciplina come potenzialmente criminogena.

I termini del problema, tuttavia, debordano dalla loro dimensione politico criminale, e caratterizzano la riflessione in termini più strettamente giuridici, se si evidenzia il nodo che sorregge il nostro tema, e che può riassumersi nel rilievo che *la dimensione extrapenale dell'illecito e quella penalistica dell'abuso edilizio possono non coincidere*.

Davanti ad una simile situazione, nella prospettiva *de iure condendo*, non ci si può limitare a prendere atto di una simile aporia nell'ordinamento giuridico. Quando la diversa portata dell'illecito penale, rispetto a quello amministrativo, civile ecc. deriva da un difetto della norma che non consente di ricondurre il sistema a coerenza attraverso l'interpretazione, il considerare tale situazione come un dato assolutamente fisiologico ed irrilevante distoglie la dovuta attenzione dall'importanza che assume, specie in ambiti di legislazione complementare omogenea (come l'edilizia e l'urbanistica), *la base antiggiuridica comune dei comportamenti che si manifestano di volta in volta, e che sono rilevanti nei singoli settori dell'ordinamento*. La frammentarietà del diritto penale è da considerare fisiologica quando è frutto di una scelta coerente; in caso contrario è portatrice di tensioni sul fronte interpretativo.

Affermare che il diritto penale si occupa dell'abuso edilizio, come di ogni altro reato, in presenza di un fatto tipico, offensivo e colpevole, mentre il diritto amministrativo può intervenire anche prescindendo da tali requisiti, è altro rispetto all'affermare che tali elementi (tipicità, offensività e colpevolezza) spezzano talvolta in maniera incongrua o addirittura irragionevole la base comune di "antigiuridicità generale" quale preoccupante effetto del rilascio di un permesso di costruire illegittimo.

E' evidente che, in questo caso, le esigenze della "antigiuridicità generale" reclamano non già l'inerzia, ma l'individuazione di nuove risposte legislative che, preso atto delle insuperabili esigenze di correttezza interpretativa che impediscono di affermare, in certi casi, la responsabilità penale per l'intervento realizzato in contrasto con la normativa e la pianificazione urbanistica, costruiscano idonei percorsi volti a dare coerentemente tale risposta, per reprimere i comportamenti più gravi che causano, spesso in maniera clamorosa e con atti illegittimi, la rottura di tale "unitaria" antiggiuridicità.

La rinuncia a dar rilievo, nella costruzione delle fattispecie penali, alla categoria dell'antigiuridicità generale comporterebbe una perdita significativa nello stesso "ordine mentale" dei rapporti tra fatto tipico e colpevolezza, specie dopo che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 364/88, ha collocato la dimensione normativa fra i presupposti in grado di motivare l'agire individuale. E' la mancata soluzione di tali problemi a creare terreno fertile per la tentazione di risolvere il problema attraverso supplenze giurisprudenziali.

Il dialogo fra il penale e l'extrapenale coinvolge la stessa individuazione dell'offesa, attraverso un percorso nel quale *“non si riesce neppure a identificare il fatto senza il previo interpello delle norme extrapenali”* e solo la continua interazione dell'intero ordinamento con quello penale *“consente di identificare lo stesso fatto penalmente tipico e di concretizzare compiutamente il precetto in rapporto alla situazione storica”* (DONINI).

Certamente la normativa edilizia ed urbanistica, partendo da simili premesse, pone il Dirigente comunale che rilascia il permesso in posizione di grande responsabilità, ma evidenzia anche una situazione di grave *impasse* quando il giudice penale deve affrontare il tema della legittimità degli atti attraverso i quali è stato realizzato il controllo degli interventi edilizi. Da tale situazione di difficoltà trae origine un cospicuo filone interpretativo, abbandonato sin dal 1987 dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza Giordano), di cui resta tutt'oggi qualche eco nella giurisprudenza di merito che, affermando la necessità dell'esame incidentale di legittimità dell'atto amministrativo e passando attraverso la sua conseguente disapplicazione se illegittimo, finisce col determinare una palese erosione del principio della tipicità penale, *sino a considerare equiparabile alla costruzione senza permesso quella realizzata con un permesso rilasciato illegittimamente*.

Il nodo problematico è costituito dallo spazio che si intende assegnare al potere del giudice di valutare incidentalmente l'atto amministrativo disapplicandolo se illegittimo, e dai limiti entro i quali questo potere è configurabile, in sede penale. Come è noto, in forza degli artt. 4 e 5 della l. n. 20 marzo 1865, n. 2248, *all. E*, il giudice ordinario, nel giudizio civile e penale, in ossequio al principio di divisione dei poteri, non può in alcun caso revocare o modificare l'atto amministrativo ma, attraverso il sindacato incidentale, può invece verificare se l'atto stesso presenti vizi di legittimità sotto le forme dell'incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere, e applicare tale atto soltanto se conforme alle leggi. Dalla norma, dunque, deriva in capo al giudice un generale *potere di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*.

Va sin da ora rilevato che le posizioni dottrinali che tendono ad escludere dal sindacato incidentale di legittimità l'intera *materia penale* ovvero a considerare rilevanti al suo interno soltanto alcuni fra i vizi di legittimità, non reggono rispetto ai rilievi critici che si sono sviluppati sul complessivo tema dei rapporti fra giurisdizione penale ed atto amministrativo, per diversi ordini di considerazioni (COCCO).

Rileva innanzitutto l'argomento *a contrariis*: qualora fossero ritenuti insuperabili le affermazioni secondo le quali i rapporti tra atto amministrativo e poteri del giudice, anche nella materia penale, non sono disciplinati dalla legge del 1865, il problema si riproporrebbe tal quale nei suoi effetti applicativi, quando si debba rispondere all'interrogativo sui poteri del giudice innanzi ad un simile atto. L'impossibilità di revocare o modificare l'atto amministrativo imporrebbe pur sempre di valutarlo senza invadere le prerogative dell'amministrazione e dunque *incidentalmente*.

Secondariamente, qualora si ritenesse un divieto assoluto per il giudice penale di valutare il contenuto degli atti della pubblica amministrazione la cui esistenza sarebbe

un “fatto”, la lettura degli artt. 4 e 5 della legge del 1865 evidenzerebbe profili d’incostituzionalità ai sensi dell’art. 101 Cost. che sottopone il giudice soltanto alla legge. Si tratterebbe infatti di norma che, disciplinando nel suo complesso il sistema degli elementi della fattispecie costituiti da atti amministrativi, limiterebbe il potere del giudice di escludere la punizione dei fatti inoffensivi, anche nel caso in cui gli atti abbiano una funzione restrittiva dei diritti del privato. Ne deriverebbe che gli atti amministrativi sarebbero necessariamente produttivi di effetti, anche quando comprimano illegittimamente le prerogative dei privati, con la conseguenza di considerare le trasgressioni ad essi quali obblighi di fedeltà, anziché fatti che assumono rilievo penale solo se le relative limitazioni sono legalmente imposte e se è stato effettivamente leso o messo in pericolo il bene giuridico che la norma protegge.

4. *Divisione dei poteri e principio di legalità nei rapporti tra norma incriminatrice ed atto amministrativo “ampliativo”*

Il controllo incidentale di legittimità sugli atti della pubblica amministrazione è doveroso, ma a condizione che sia esercitato secondo la lettura *garantistica* dei rapporti fra poteri del giudice e contenuto tipico della norma penale che ha tra i propri elementi costitutivi l’atto amministrativo.

Ovviamente tale controllo non si estenderà fino a valutare l’atto nel merito, e cioè nella sua opportunità, interamente riservata alle prerogative discrezionali della pubblica amministrazione. Uno dei motivi ispiratori della legge del 1865 fu, infatti, la salvaguardia dei privati da indebite ingerenze dell’autorità che dovessero essere rilevate in sede di intervento giurisdizionale, e questa lettura è stata fatta propria, a distanza di oltre un secolo, dalla Corte costituzionale. Quest’ultima, nella nota sentenza sui limiti delle norme penali in bianco in tema di ordine pubblico, aderì infatti all’orientamento costante tenuto sullo specifico punto dalla Corte di Cassazione e definì *doveroso* tale controllo.

Il problema, dunque, non può trovare soluzione circoscrivendolo al quesito se l’interpretazione letterale della legge sull’abolizione del contenzioso amministrativo comprenda o escluda la *materia penale*, e non solo perché la stessa legge non fornisce strumenti esegetici utili per tale delimitazione. La soluzione al quesito passa attraverso l’individuazione dei fini perseguiti dalle norme del 1865, espressione del principio di divisione dei poteri: non già privare dei suoi effetti in sede giudiziaria *qualsiasi* atto della pubblica amministrazione, ma garantire il privato rispetto ai suoi atti illegittimi. La norma, dunque, consente al giudice di disapplicare gli atti non in qualsiasi caso, ma solo per tutelare il privato illegittimamente colpito, delimitando così – con un vero e proprio “contrappeso” a garanzia alla pubblica amministrazione rispetto al potere giudiziario – la portata di tale potere impedendo, non solo di revocare gli atti amministrativi o di modificarli, ma anche di disapplicarli incidentalmente quando non abbiano limitato il privato in modo illegittimo, come nel caso in cui, invece, ne abbiano allargato le prerogative.

Su questa base, e cioè sul tradizionale principio richiamato, s’individua facilmente il cuore del problema: l’atto amministrativo formerà necessariamente oggetto di valutazione da parte del giudice, ma tale valutazione avverrà nel rispetto rigoroso

della *ricostruzione penalistica della fattispecie* che circoscrive la portata dell'eventuale disapplicazione ai limiti disegnati dalle norme costituzionali. Tale disapplicazione, infatti, è segnata dall'equilibrio di due differenti limitazioni: quelle che regolano la materia penale e quelle che discendono dall'art. 101 Cost. che, disciplinando la soggezione del giudice soltanto alla legge, lo obbligano a disapplicare gli atti dell'esecutivo che contrastano con essa.

Da tali affermazioni discende che l'esame incidentale dell'atto amministrativo, in sé doveroso (art. 101 Cost.), non potrà essere condotto con modalità che determinino ricadute sulla responsabilità penale che si pongano in contrasto con i principi costituzionali di legalità (art. 25/2 Cost.) e di colpevolezza (art. 27/1 Cost.).

Non sfugge che, nella prospettiva indicata, assumono una fisionomia peculiare i temi dello scarto fra legalità urbanistica ed atto amministrativo e del vuoto sostanziale di tutela che si determina quando il giudice, per essere fedele a tali principi costituzionali, deve astenersi dal valutare le conseguenze dell'atto amministrativo "ampliativo" in materia penale che *favorisce illegittimamente il privato*. Trattasi di dibattito che ha appassionato il confronto proprio perché ogni soluzione è comunque destinata ad avere notevole impatto nella società per la forte valenza conflittuale che si evidenzia, nel tema in esame, tra tutela del bene giuridico e garanzie individuali.

Il rilievo dell'atto amministrativo "ampliativo", costituente elemento negativo della fattispecie è imposto dal principio di legalità ed il quesito va circoscritto chiedendoci *se la legittimità dell'atto amministrativo faccia parte o meno del fatto materiale tipico*. A quest'ultimo può darsi risposta solo in relazione ad ogni singola fattispecie e, nel nostro caso, nessun argomento pare consentire di farlo affermativamente.

Si possono dunque definire, in termini sintetici, i poteri del giudice delineati dalla sentenza Giordano: egli ha il potere di esaminare il contenuto dell'atto, ma non può certo affermare che la situazione è da considerare come se fosse identica a quella in cui l'atto non è mai intervenuto (assenza di permesso) poiché altre norme, ed in particolare quelle riguardanti l'incriminazione penale, devono tenere fermo, come "fatto", quello derivante dalla concreta applicazione che hanno avuto, nel caso in esame, le norme extrapenali, e non quello discendente dall'astratta applicazione corretta delle stesse.

Nel nostro caso il Giudice, realizzando il proprio compito d'applicare norme giuridiche al caso concreto, si trova innanzi ad uno strumento come il permesso di costruire, una regolamentazione dei reciproci limiti fra amministrazione e privato che la legge si è presa il compito non solo di rispettare, ma di proteggere. Il privato non può costruire come meglio crede, ma il potere pubblico non può proibirgli di costruire se non in base a regole di legalità urbanistica dettate in forza di interessi generali che devono essere consacrate in un atto amministrativo.

Ben può la legge rafforzare con la sanzione penale l'obbligo di munirsi di permesso prima d'iniziare a costruire ma, una volta riconosciuto e protetto giuridicamente un sistema così caratterizzato ed incentrato proprio su quel permesso si crea, per effetto del principio di divisione dei poteri, un limite invalicabile alla pretesa di discostarsi *contra reum* in sede giudiziaria da tale regolamentazione.

Nell'attività edilizia, infatti, la legge attribuisce al Dirigente comunale la funzione di coordinatore fra la legge ed il caso singolo, attraverso un atto di governo del territorio. E' questa la ragione per cui, nel rapporto fra la norma e la sua attuazione, è previsto il permesso di costruire, che ha la finalità di realizzare in modo equilibrato tale rapporto. Anche il giudice è chiamato a rafforzare con la sanzione penale questo rapporto equilibrato, perseguendo chi non si assoggetta alla regola prescelta dall'ordinamento per assicurare il governo del territorio: il rilascio del permesso.

Nel caso concreto può verificarsi che la filiera "virtuosa" si sia interrotta. Se il permesso è contrario alla legge o agli strumenti urbanistici, anche solo perché male interpretati, il giudice è chiamato, in sede penale, a considerare esente da responsabilità per le contravvenzioni edilizie chi ha costruito in violazione delle norme urbanistiche ed ha ottenuto un permesso illegittimo allo stesso modo di chi le ha rispettate ed ha ottenuto un permesso legittimo.

Potrebbe offrire garanzia rispetto ad una simile preoccupazione la realizzazione, da parte del legislatore, d'un "indirizzo politico" che, per coprire le zone d'ombra dell'illegalità sostanziale, sapesse individuare e costruire soluzioni nuove in sede amministrativa, efficaci nell'intervenire in caso di rilascio di permessi illegittimi, dotate di una spiccata capacità di deterrenza, e sorrette da un sistema di tutela giurisdizionale che metta al riparo da qualsiasi tensione interpretativa sul tema degli effetti delle decisioni del giudice sugli atti della pubblica amministrazione.

Le modalità previste dagli artt. 39 e 40 del D.P.R. n. 380/2001 per l'*annullamento del permesso di costruire da parte della Regione* e la *demolizione delle opere abusive* perché in contrasto, oltre che con il titolo abilitativo, anche soltanto con gli strumenti urbanistici o con la normativa urbanistica, individuano, sulla scia della precedente legislazione, nuove strade di possibile intervento nei confronti d'attività illegittimamente autorizzate, che si muovono nella direzione sopra indicata anche se deve rilevarsi la necessità non solo di rafforzarle, ma di favorirne l'effettiva applicazione.

5. Il "vuoto di tutela urbanistica" fra politica criminale ed interpretazione. La disapplicazione ed il suo tramonto

La dottrina, a partire da quella meno recente, (PECORARO ALBANI), ha sempre rifiutato l'ipotesi che l'illegittimità dell'atto possa essere un elemento che rileva sul piano della *tipicità*, affermando che *"la possibilità che venga conferita una licenza illegittima non ha, peraltro, influenza ai fini penali, in quanto la costruzione o i lavori edilizi risultano pur sempre eseguiti con una licenza e, quindi, l'illecito di cui all'art. 41 lett. b) non è configurabile. Presupposto di esso è, infatti, la mancanza della licenza e non la legittimità o meno della stessa"*. L'elemento normativo costituito dal titolo è un mero criterio d'individuazione "materiale" della titolarità della legittimazione. *"La ragione di ciò, è evidente, ed è collegata, da un lato alla presunzione di legittimità degli atti amministrativi, che sono da ritenersi legittimi sino al loro annullamento, e, dall'altro lato alla oggettività della lesione cui essenzialmente si ispira il diritto penale, la quale resta esclusa per l'esistenza della licenza, bene o male concessa, così valutando il legislatore penale"*.

La giurisprudenza di legittimità condivise a lungo tale posizione anche se l'approccio cambiò radicalmente quando iniziò a farsi carico del dibattito e delle riflessioni di politica criminale sull'abusivismo edilizio, sulle debolezze, connivenze ed omissioni delle amministrazioni comunali, sulle interpretazioni di comodo delle norme che trasparirebbero dalle licenze edilizie, "male concesse" perché frutto di compiacenza nei confronti dei privati o anche solo di irresponsabile leggerezza. E' in tal modo messo in evidenza il *vuoto di tutela* che si determina a causa della mancata attuazione della Costituzione nel perseguire l'illegalità urbanistica. Si giunge quindi ad enfatizzare la critica ad un sistema che, nei confronti della licenza edilizia storicamente disciplinata, ha permesso si affermasse una "zona franca" *tra antigiuridicità generale e costruzione formalmente autorizzata*.

La tensione sul tema è significativamente rimarcata da un autore (BERTONI) che individua, per ovviare a tale vuoto di tutela, un nuovo percorso interpretativo. Premesso che, con riferimento alle contravvenzioni edilizie, *"la norma è sempre stata applicata ai casi di costruzioni eseguite senza licenza o in difformità dalla licenza edilizia"* viene rilevato che *"almeno in giurisprudenza non è stato mai proposto il problema se la norma sia in qualche misura applicabile anche ai casi di costruzioni eseguite in conformità di licenze esistenti, ma rilasciate illegittimamente"*. E' apertamente evidenziato in tal modo il quesito *"se non sia applicabile anche nel caso in esame il precetto della legge sul contenzioso amministrativo, secondo cui il giudice ordinario, ed anche quello penale, può disapplicare l'atto amministrativo che riconosca illegittimo, e più precisamente viziato per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge"*.

Sono, evidentemente, le preoccupate riflessioni di politica criminale sulle "scappatoie" all'abusivismo edilizio a sorreggere queste ultime affermazioni ed a portare a sostenere che *"l'utilizzazione di questo potere porterebbe alla conseguenza di considerare la licenza edilizia come inesistente (ai fini del caso da decidere) e permetterebbe quindi di ritenere illecito il comportamento del privato, e a titolo di concorso quello degli amministratori che avessero rilasciato la licenza"*.

Le critiche alla possibilità di "travolgere" gli atti amministrativi la cui violazione è costitutiva della fattispecie danno rilievo ai vincoli costituzionali imposti dal *nullum crimen sine lege*, sottolineando la violazione, sotto più profili, dell'art. 25/2 Cost. Si è affermato che la disapplicazione viola sia la *necessaria determinatezza come limite ai casi previsti*, sia il *divieto di analogia* sia l'*irretroattività della norma penale*. La disapplicazione di un atto ampliativo dei diritti altro non è che il travolgimento di un presupposto negativo del reato di natura normativa, elemento costitutivo della norma – comando, che esplica i suoi effetti in forza di una legge in vigore al momento del fatto commesso, che porta alla condanna per una condotta il cui contenuto tipico si definirebbe per effetto di una ricomposizione del quadro esperita non al momento del fatto ma in sede di giudizio.

La valutazione incidentale di legittimità dell'atto amministrativo, la cui mancanza rende criminosa un'attività, ed il principio di *riserva di legge* sono dunque assolutamente incompatibili. La riserva di legge non consente la valutazione incidentale, operata *ex post* dal giudice, poiché finirebbe col rendere lecito il

comportamento tenuto nel rispetto degli atti amministrativi tranne i casi in cui *il giudice* dovesse ritenere tali atti privi di legittimità.

La sentenza Giordano delle Sezioni unite della Corte di Cassazione del 31.1.1987 fa proprie le critiche della dottrina ed afferma che la legge del 1865 non introduce un potere generale di disapplicazione, che è invece “*rigorosamente limitato ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi*” e non può quindi trovare applicazione per quelli che rimuovono un ostacolo al libero esercizio di diritti, quali nulla osta e autorizzazioni “*o addirittura li costituiscono (concessioni)*”. L’opposta tesi della disapplicazione non solo determinerebbe l’arbitraria estensione ad altri casi “*di una regola dettata unicamente a tutela dei diritti soggettivi, ma comporta altresì - con violazione del principio della divisione dei poteri - l’attribuzione al giudice penale di un potere di controllo e di ingerenza esterna sull’attività amministrativa e, quindi, l’esercizio di un’attività gestionale che dalla legge è, invece, demandata in esclusiva ad altro potere dello Stato*”.

Conclude la Cassazione affermando che la valutazione incidentale di legittimità dell’atto amministrativo è possibile soltanto quando la singola fattispecie penale preveda il requisito della legittimità dell’atto quale elemento costitutivo del fatto tipico del reato, o quando l’atto derivi da comportamenti illeciti di rilievo penale.

Le contravvenzioni edilizie, affermano esplicitamente le Sezioni unite, tutelano il solo controllo del territorio, non il suo assetto finale per effetto dell’intervento di edificazione.

6. La funzione del bene giuridico e la sua individuazione nelle contravvenzioni edilizie

Si parla di *abuso edilizio*, derivante dal mancato rispetto del contenuto *formale* del permesso (in rapporto all’attività *funzionale* del Dirigente comunale), per indicare complessivamente, il sistema delle figure criminose che emergono dalla lettura dell’art. 44 del T.U., e cioè l’intervento edilizio in assenza di permesso o divergente dallo stesso e della “Super D.I.A.”. Il permesso di costruire, ha dunque in tali fattispecie, le caratteristiche di un “filtro” rispetto alle previsioni urbanistiche ed alle norme extrapenali, che sono applicate ed interpretate nel caso singolo, vincolando il privato alla “sintesi” costituita dal progetto approvato (“asseverato” nella “Super D.I.A.”), e descritto nei suddetti titoli abilitativi (concezione *funzionalistica*).

L’interpretazione che trasferisce all’interno del fatto tipico l’intera antigiuridicità - in senso generale ed extrapenale - e dunque anche con riferimento alle disposizioni già trasfuse nel permesso, intende l’intervento edilizio che viola tale sistema di norme e prescrizioni come *abuso in senso sostanziale*, di cui sono elementi costitutivi anche la violazione della legge, del regolamento edilizio e degli strumenti urbanistici, ai quali il permesso avrebbe dovuto necessariamente adeguarsi. La legittimità del permesso, per effetto di tale lettura estensiva del quadro normativo, assurgerebbe ad elemento costitutivo tipico delle contravvenzioni edilizie.

Tali affermazioni costituiscono il nucleo che dà vita alle due concezioni, incentrate sulla diversa lettura del bene giuridico, che si confrontano nell’interpretazione delle nostre contravvenzioni.

Secondo la concezione *funzionalistica* le nostre contravvenzioni integrano un reato *di danno* in relazione al bene giuridico *funzionale*, il *governo del territorio esercitato col permesso di costruire*. Il sistema affida al Dirigente comunale il compito di applicare le norme e la pianificazione urbanistica al caso singolo, evitando così che possa conseguire danno potenziale, e cioè pericolo astratto rispetto allo scopo *finale*, perseguito dal sistema, consistente nell'*assetto del territorio rispettoso della legge e della pianificazione urbanistica*. Le contravvenzioni in esame dunque, secondo tale impostazione, garantiscono l'assetto finale del territorio mediante il permesso, e non attraverso la tutela penale diretta delle norme e degli strumenti urbanistici.

Secondo la concezione *sostanzialistica*, invece, le contravvenzioni edilizie, oltre a perseguire la situazione *formalmente tipica*, comune alla concezione *funzionalistica* del “costruttore” che realizzi un’opera diversa da quella descritta nel permesso oppure senza averlo ottenuto, estendono la punibilità anche a quella *sostanzialmente tipica* del “costruttore” che realizzi un’opera *comunque* non conforme alle norme urbanistiche ed al piano regolatore. L'assetto del territorio è elevato, secondo tale concezione a bene giuridico protetto direttamente dalle nostre contravvenzioni, con la conseguenza che, in caso di opere conformi al permesso ma difformi dalle norme o dagli strumenti urbanistici, ci troveremmo ugualmente in presenza di reato poiché l'intervento edilizio ha arrecato danno a tale bene giuridico *finale*.

La contrapposizione fra le due impostazioni è premessa per “rileggere”, in termini di teoria generale del reato, le fattispecie secondo questa peculiare teoria offensiva, incentrata sul *bene - scopo sostanziale* anziché sul *bene - oggetto materiale*.

Il problema interpretativo di cui ci occupiamo si propone per le fattispecie che attengono a beni giuridici che fanno riferimento ad interessi diffusi, specie laddove si prende in considerazione la trasgressione di autorizzazioni e permessi, mentre il bene che rappresenta lo scopo dell'incriminazione non entra nella tipicità del reato, incentrata sull'osservanza delle regole, “individualizzate” in sede amministrativa.

Si ritiene condivisibile l'affermazione che, nelle nostre contravvenzioni, l'offesa tipica faccia perno esclusivamente sulla mancanza di permesso per costruire una certa opera, iscrivendo tale elemento nella tutela di un vero e proprio bene giuridico di natura funzionale.

L'impostazione sostanzialistica si rafforza in giurisprudenza a seguito della sentenza Borgia a Sezioni unite del 12.11.1993. I vincoli insuperabili posti dai principi di legalità e di colpevolezza, nella loro portata di garanzia, espressione del principio di divisione dei poteri, evidenziati nella sentenza Giordano, portano a sviluppare su di un piano diverso la rilevanza penale delle violazioni sostanziali a norme e prescrizioni edilizie. Il giudice deve *verificare la sostanziale conformità alle norme ed alle prescrizioni dei provvedimenti dell'autorità amministrativa*, non in ottemperanza ad una regola di giudizio, ma in quanto rientranti nel fatto tipico *perché l'interpretazione della norma gli consentirebbe di valutare in termini di legalità urbanistica complessiva l'intervento realizzato*.

Si persegue dunque, per vie diverse, il medesimo obiettivo di politica criminale avuto di mira con la disapplicazione: esercitare il controllo sul contenuto del permesso.

La sentenza Borgia vuole dichiaratamente offrire una nuova soluzione al problema, nel quadro di un ulteriore contrasto interpretativo. Alcuni autori aderivano apertamente ai rilievi dell'impostazione dottrinale, affermando che la ritenuta impraticabilità della disapplicazione aveva chiuso definitivamente il capitolo della possibile rilevanza penale dell'edificazione di opere conformi ad una concessione illegittima, forti dell'affermazione, contenuta nella sentenza Giordano, secondo la quale la valutazione dell'atto amministrativo è possibile soltanto quando la singola fattispecie penale preveda la legittimità dell'atto stesso quale elemento costitutivo del reato. Altri invece sostenevano che tale sentenza si limitava unicamente ad affermare che il *metodo* del sindacato incidentale di legittimità non poteva avere cittadinanza per interpretare il fatto tipico.

La discussione, dunque, continuava a snodarsi attorno alla possibilità di perseguire l'obiettivo "pragmatico" di dilatare il penalmente rilevante al di là del rispetto "formale" della concessione edilizia e dava nuovo impulso alla ricerca di nuovi percorsi interpretativi, volti ad allargare le ipotesi in cui si può essere chiamati a rispondere delle contravvenzioni edilizie. La tensione interpretativa mira a contrastare la *concessione - simulacro*, rendendo tipico all'interno della fattispecie l'elemento della sua *validità*.

Così condotta, tuttavia l'interpretazione mette allo scoperto anche tutta la sua debolezza: anche ammesso che le norme trovino diretta ed immediata applicazione, resterà sempre di mezzo quel permesso, ingombrante convitato di pietra che esiste e contrasta con le norme ma comunque permette di costruire, e dovrà essere "eliminato" nel suo valore autorizzativo.

La sentenza Borgia afferma che esiste un elemento tipico che consente di affermare che nelle nostre contravvenzioni ci si riferisce al "permesso legittimo" e non alla mera presenza dell'atto e ritiene configurabile la contravvenzione prevista dalla *lett. a)* a carico di chi abbia realizzato la costruzione in conformità ad una concessione illegittima, in quanto il reo, in tal caso non ha violato l'atto abilitativo ma norme e prescrizioni di legge, del regolamento edilizio o degli strumenti urbanistici ai sensi della lett. a).

In sintesi: la costruzione non è abusiva, e dunque non si può rispondere del reato di costruzione in assenza della concessione previsto dalla lett. b o dalla lett. c) (come avveniva con la disapplicazione), ma del diverso reato di inosservanza di norme e prescrizioni previsto dalla lett. a).

Il bene giuridico tutelato è l'assetto del territorio, salvaguardato *sostanzialmente* dalle contravvenzioni edilizie e dunque il privato deve, a prescindere dal permesso, rispettare direttamente tutte le norme e le prescrizioni che disciplinano il caso singolo e, in caso di inosservanza commette uno specifico reato, a nulla rilevando il rilascio della concessione, in quanto:

- nella legge urbanistica del 1942 l'oggetto della tutela penale si identificava "nel bene strumentale *del controllo e della disciplina degli usi del territorio*";
- il bene tutelato, in attuazione dei principi costituzionali, è venuto modificandosi con la l. n. 765/67 che ha introdotto gli *standard* urbanistici ed ha previsto la salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio, col D.P.R. 616/77 e le

successive leggi che hanno allargato la nozione di urbanistica oltre l'attività edilizia fino ad inserire in essa gli usi del territorio in senso sociale, economico e culturale, fino alla L. n. 47/85 che, all'art. 6, *“nell'identificare i responsabili delle opere di trasformazione del territorio subordinate quindi a concessione edilizia, definisce l'ambito della responsabilità per le violazioni con riferimento alla ‘conformità delle opere alla normativa urbanistica, alle previsioni di piano nonché ... a quelle della concessione’”*;

- consegue, secondo le Sezioni unite, che *“lo stesso territorio costituisce il bene oggetto della relativa tutela, bene esposto a pregiudizio da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività, ed il cui parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e della normativa vigente”*;

- il giudice penale deve quindi procedere alla verifica della conformità dell'opera con la legislazione urbanistica, il regolamento edilizio e la concessione che *“costituiscono l'organico parametro per l'accertamento della liceità o meno dell'opera edilizia”*;

- *“in considerazione dell'enunciato principio, non può ritenersi che, sussistendo l'accertata aporia dell'opera edilizia rispetto agli strumenti normativi urbanistici ovvero alle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale, il giudice debba egualmente concludere per la mancanza di illiceità penale solo perché sia stata rilasciata la concessione edilizia, la quale nel suo contenuto, nonché per le caratteristiche strutturali e formali dell'atto, non è idonea a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera”*.

La funzione di ridisegnare il fatto tipico della contravvenzione prevista dalla lett. a), imponendo al privato di verificare quale sia l'interpretazione corretta delle norme e della pianificazione, anche in contrasto col permesso ottenuto, è dunque assegnata al bene giuridico.

Va al riguardo rilevato che la ricerca di quest'ultimo, nei reati di condotta che sono strutturalmente privi dell'elemento forte rappresentato dal rapporto causa - effetto, è normalmente sorretta da due percorsi interpretativi, che devono trovare il loro fondamento all'interno della singola fattispecie: l'individuazione del contenuto sostanziale del fatto tipico, ovvero il rapporto tra mezzi e fini proprio dell'idea di scopo.

Nel nostro caso il percorso è quello dell'individuazione del contenuto sostanziale, ma non appare condotto, nella sentenza Borgia, con il necessario rigore. Dopo aver definito il bene giuridico attraverso la rilettura teleologica delle norme amministrative che fungono da “riferimento” alle disposizioni penali, l'interpretazione finisce con l'allargare e “sconnettere” il fatto materiale tipico, andando ben oltre l'individuazione dell'oggetto sostanziale e dello scopo della tutela (dando scarso rilievo al “dato” che tali fattispecie ruotano attorno ad un atto formale, il permesso, costruito quale presupposto negativo e non sono mere norme di “secondo grado” rispetto alla disciplina legale), in quanto posiziona l'offesa al bene giuridico finale nella fattispecie, come se si trattasse di un qualsiasi evento in senso giuridico del reato, attraverso il requisito della legittimità del permesso, ricavato in via interpretativa

dalla condotta tipica, assumendo che il permesso stesso rimanderebbe *anche il destinatario dell'atto* al rispetto delle norme e degli strumenti urbanistici ai quali deve attenersi ancorché il dirigente comunale gli abbia già comunicato cosa può fare e come può farlo.

I problemi che la concezione sostanzialistica pone all'interprete vanno ben oltre la ritenuta possibilità, *de iure condito*, di attribuire al bene giuridico un ruolo così incisivo all'interno degli elementi costitutivi tipici quando, sul piano della tipicità, non si rientri tra i c.d. "reati ad offesa diretta". L'interpretazione evidenzia anche un dato di criticità, sottolineato con forza dalla dottrina, secondo il quale la possibilità d'afferrare compiutamente il bene giuridico deve essere rigorosamente costruita attraverso percorsi non manipolabili, i quali rappresentano l'unica garanzia per impedire ai giudizi di valore, estranei al fatto tipico, di condizionare i contenuti della norma incriminatrice dando spazio ad ogni sorta di soggettivismo interpretativo.

L'utilizzazione della categoria del bene giuridico, nella funzione interpretativa finalizzata a mettere a punto il contenuto della fattispecie, rappresenta un "capitolo nuovo" della giurisprudenza italiana e l'adesione alla concezione sostanzialistica ne costituisce una manifestazione ad un tempo compiuta e problematica.

Il problema dell'interpretazione della fattispecie attraverso il bene giuridico, specie nei reati di condotta, nei quali lo stesso è sganciato dal sicuro elemento fattuale costituito dall'evento del reato, impone di definire in modo chiaro i rapporti che s'instaurano fra oggetto giuridico e fatto tipico. Siccome l'individuazione del bene protetto deve partire dagli elementi descrittivi contenuti nelle norme, l'interpretazione non può prescindere da una puntuale ricostruzione della tecnica legislativa utilizzata, evitando di valorizzare singoli elementi, specie se concernono un'intera disciplina di settore dell'ordinamento, senza verificare puntualmente se l'interpretazione alla quale si valuta di accedere sia compatibile col sistema nel quale si trova collocata e non sia contrastata da significative controindicazioni che si ricavano da altre norme. In caso contrario il "circuito ermeneutico" potrebbe finire col veicolare elementi non corretti.

La tensione ad individuare il bene giuridico *offendibile*, ha portato la concezione sostanzialistica a colmare, nelle contravvenzioni edilizie, un possibile "scarto" fra tipicità ed offensività, affiancando al "tipo" legale (intervento non autorizzato) elementi che sarebbero a loro volta tipici in quanto offensivi. Essi sarebbero rappresentati da tutti gli elementi che determinano lo "scarto" fra antigiuridicità generale e contenuto del singolo permesso di costruire. E' su questo equivoco, come si approfondirà in seguito, che saranno costruiti gli ulteriori ed ancor più problematici sviluppi della concezione sostanzialistica.

La ricostruzione del bene giuridico operata in tal modo appare dunque criticabile, non già per l'allargamento del punibile in sé considerato, ma per i rapporti che instaura tra bene e fatto tipico. Il bene giuridico, infatti, deve rappresentare una situazione di fatto che è *esterna* o *interna* rispetto agli elementi tipici del reato per scelta del legislatore, il quale ne seleziona in maniera determinata le modificazioni inserendole nella fattispecie e che può ricevere tutela *solamente* rispetto a tali modificazioni. Con questi tratti distintivi il bene giuridico assume la funzione di

sorreggere l'interprete orientandolo fra le varie interpretazioni e fra i vari significati che potrebbe assumere la formulazione letterale della legge.

Non sfugge il carattere estremamente "rischioso", sul fronte del principio di legalità, di quest'ultima operazione ermeneutica ove non sia compiuta rimanendo rigorosamente in una *dialettica interpretativa* tra fatto tipico "espressamente preveduto" e bene giuridico puntualmente individuato.

Se, infatti, il bene giuridico è definito dall'interprete senza fornire un risultato espresso in forma rigorosa ed illuminante sull'oggetto tutelato ovvero attraverso opinabili teleologismi, oppure se perde la sua caratteristica di situazione "fattualmente comprensibile" (anche individuata con criteri sostanziali), che subisce il disvalore della condotta del reato, *senza però sostituirsi ad essa se non per scelta del legislatore*, può sovrapporre "scopo" ed "oggetto" del reato stesso, ovvero considerare soltanto esemplificativa la selezione degli elementi tipici del reato, con l'inaccettabile, conseguente integrazione degli stessi sulla scorta di un siffatto bene giuridico.

Nel quadro delle contravvenzioni edilizie non pare si possa andare, con una simile impostazione, oltre il risultato di mettere in crisi lo stretto rapporto, voluto dalla norma, fra rispetto del permesso di costruire e mancanza di rilievo penale dell'attività costruttiva, col rischio andare alla ricerca di un *quid pluris* addentrandosi in norme e strumenti di pianificazione di controversa applicazione poco adatti ad essere sanzionati direttamente e che, di certo, mai il legislatore c.d. "storico" ha pensato di sanzionare con norme penali c.d. di "secondo grado", almeno con tale intensità.

La funzione interpretativa del bene giuridico può valorizzare il contenuto delle norme amministrative di riferimento, ma il risultato non potrà mai travolgere i punti fermi "letterali" delle condotte illecite, poiché il loro contenuto è "blindato" dal principio di legalità di cui all'art. 25/2 Cost. attraverso gli elementi costitutivi tipici. In sintesi: non potrà mai affermarsi che, poiché il bene giuridico sarebbe anche quello finale, costituito dalla legalità urbanistica, e quindi le norme tutelerebbero l'assetto del territorio oltre al suo governo da parte dell'amministrazione comunale, dovrebbero conseguentemente essere punite condotte ulteriori e perfino diverse rispetto a quelle tipiche, descritte dalla norma incriminatrice. Quest'ultima deve sempre mantenere il proprio carattere di tutela frammentaria del bene giuridico che deve salvaguardare, e non certo estendere, annullando presunti "spazi vuoti" di tutela rispetto all'antigiuridicità generale.

La complessiva vicenda del bene giuridico nelle contravvenzioni edilizie è la riprova, in generale, dell'evidente debolezza dei percorsi argomentativi che individuano una certa offesa piuttosto che un'altra come *unico criterio interpretativo* per scegliere fra diversi contenuti dell'intero fatto materiale tipico del reato.

7. Bene strumentale e bene finale nelle contravvenzioni edilizie: una contrapposizione da mettere a punto

L'individuazione del bene giuridico tutelato dalle contravvenzioni edilizie come violazione dell'*ordinato assetto del territorio*, posta alla base dei propri argomenti

dalla concezione sostanzialistica, fa nascere l'esigenza di ulteriori precisazioni in relazione a taluni argomenti che sono stati utilizzati.

Occorre chiedersi se le modifiche delle norme edilizie ed urbanistiche intervenute nel corso dei decenni consentano di operare la sintesi interpretativa che ne fa la sentenza Borgia, e possano provare il passaggio ad un nuovo oggetto giuridico costituito dalla *tutela finale del territorio*. Secondo tale ricostruzione, pur avendo mantenuto le contravvenzioni edilizie i medesimi elementi costitutivi "tipici" (si pensi alla *lett. b* ed ai suoi "*casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso*"), avrebbero subito un'evoluzione dell'oggetto giuridico destinato ad allargare il fatto tipico, per effetto di mutamenti della sola disciplina amministrativa sottostante.

Quest'ultima affermazione non convince. La struttura delle nostre contravvenzioni, infatti, non è di "secondo grado", non punisce cioè l'inosservanza di una disciplina generale dettata in un ambito di natura amministrativa, ma persegue la materiale realizzazione di lavori, accompagnata da un presupposto normativo *negativo*, e cioè la mancanza di un permesso o la sua inosservanza.

Se è rispettato il permesso non possono essere configurati reati in relazione a tutto quello che concerne la condotta di edificazione conforme. La *lett. a*) "completa" tale sistema e dunque, quando prevede fattispecie che si esauriscono nella violazione di norme o disposizioni, persegue comportamenti difformi che si affiancano, e che dunque non possono essere in contrasto col permesso rilasciato.

La struttura criminosa che ruota attorno all'elemento normativo negativo non è cambiata, è dunque arduo sostenere che il contenuto della fattispecie sarebbe divenuto più ampio, e asimmetrico rispetto alla "logica" interna della norma (lavori conformi al permesso ma contrari alle norme), a causa dell'evoluzione del bene giuridico solo perché nel tempo sono stati articolati in modo diverso gli strumenti volti a realizzare una più efficace tutela del territorio.

La *lett. a*), infatti, prevede (si veda il § 1) differenti fattispecie alternative fra loro:

- il *mancato rispetto parziale*, la *parziale difformità* o la *variazione essenziale* in rapporto al *permesso* e cioè al titolo che consente di costruire;
- il *mancato rispetto di norme* che assumono rilevanza *in presenza* del permesso;
- il *mancato rispetto di norme* estranee al permesso riguardanti l'attività costruttiva.

L'ipotesi di inosservanza di norme *contro* il permesso non appare ricavabile dal sistema, perché in contrasto con l'interpretazione letterale della norma che prevede quali elementi tipici, quelli costituenti una "filiera" in equilibrio, e non un "insieme" di norme, prescrizioni e modalità esecutive da regolare secondo un criterio gerarchico e che possono essere anche conflittuali tra loro. Ne deriva che le norme delle quali il Dirigente comunale ha già tenuto conto applicandole ed interpretandole, non possono essere ritenute compatibili con l'obbligo del privato di applicarle o interpretarle in modo diverso: la rilevanza di tali norme, trasfuse nel permesso ha già avuto luogo ed il comando in esse contenuto ha già avuto attuazione.

Qualche autore riteneva, in vigore la l. n. 47/85, di poter superare l'obiezione facendo riferimento all'art. 6 c. 1, che individuava come responsabili della

conformità alla normativa urbanistica ed alle previsioni di piano, il titolare della concessione, il committente ed il costruttore (mentre il direttore dei lavori rispondeva, unitamente ai predetti, della sola conformità alla concessione, ed alle modalità esecutive previste nella medesima), in relazione a tutto quanto è previsto dal primo capo di tale legge, al cui interno era collocato anche l'art. 20 che prevedeva le contravvenzioni edilizie.

Il suddetto fragile argomento è comunque superato, in quanto l'art. 29 del D.P.R. n. 380/2001 ripropone l'identica descrizione delle responsabilità delle varie figure tipiche in relazione al permesso di costruire, ma fa riferimento alle norme contenute nel capo I del titolo IV del testo unico che non contengono la disposizione riguardante le nostre contravvenzioni. L'obiezione, comunque, pretendeva di modificare un elemento costitutivo del reato prescindendo dalla struttura complessiva della fattispecie e ad essa va controbattuto che i soggetti in esame hanno l'obbligo di rispettare direttamente l'intero corpo delle norme e disposizioni urbanistiche ma nulla consente di affermare che debbano esercitare tale obbligo *contro* il permesso rilasciato.

Non si condivide dunque la conclusione delle Sezioni unite del 1993, allorché ritengono che le contravvenzioni edilizie contengono un dovere interpretativo dei destinatari dell'atto sul rispetto della "legalità urbanistica", che si aggiunge a quello comunale, veicolato dall'affermazione che i privati avrebbero un ruolo di garanzia per la conformità delle opere non solo al permesso (e tale esito dipende dalla loro condotta materiale), ma all'intero quadro della normativa e della pianificazione urbanistica (e l'ipotizzato reato discenderebbe da un'omissione e quindi dall'esistenza di un dovere giuridico "interpretativo" in tale senso).

L'espressione *bene giuridico finale*, usata dalla concezione sostanzialistica per consegnarci il risultato di quest'interpretazione come portatore di un più ampio elemento materiale del reato, finisce col trasformare *in offesa tipica al bene giuridico* un elemento che, oggi, assume i tratti del *disvalore sostanziale - finalistico*, ricostruito dopo un percorso interpretativo che fa appello direttamente ai principi costituzionali ed alle norme amministrative. Fa dunque coincidere la ragione costituzionale e la disciplina amministrativa con lo specifico contenuto, ad un tempo materiale ed offensivo, delle contravvenzioni edilizie.

Lo sforzo esegetico per dimostrare che non solo il sistema amministrativo, ma le stesse contravvenzioni edilizie sarebbero protese alla salvaguardia del bene finale, l'assetto e non il governo del territorio, valorizza infatti un'affermazione che si appella ai principi costituzionali e tende a far coincidere con tale bene giuridico il fine della legislazione urbanistica. Così facendo non fornisce però uno strumento capace di tenere distinta la tipicità, sia dagli scopi della legislazione amministrativa, sia dall'antigiuridicità sostanziale. Scopi ed antigiuridicità che non possono aggiungere o togliere elementi dalle nostre contravvenzioni.

Lo "scarto" fra la tipicità e gli scopi della norma, infatti, rappresenta lo strumento nelle mani dell'interprete per evitare che entrino nell'esegesi elementi spuri che nascono dalla collocazione che caratterizza la specifica materia trattata all'interno dei contrapposti filoni di pensiero presenti nella società.

Tale risultato si verifica proprio in relazione alla disciplina del territorio, ove si fronteggiano la visione *solidaristica*, che considera la tutela degli interessi diffusi e fruibili collettivamente come una linea di demarcazione “indisponibile”, che si colloca al di fuori di qualsiasi possibile mediazione con altri interessi e la visione *pragmatico-utilitaristica*, che attribuisce alla fruizione economica del territorio ed alla sua disponibilità da parte di chi ne è proprietario il carattere fondante delle norme urbanistiche, che dovrebbero limitarsi a governare il conflitto fra i privati “padroni a casa propria”, che sarebbe il vero “motore” del progresso umano, lasciando sullo sfondo una serie di vincoli minimi nell’interesse generale.

La mancanza di elementi che consentano di individuare il bene giuridico andando oltre i limiti che sono assegnati all’Amministrazione comunale per realizzare il *governo del territorio*, in quella che già appare una sintesi normativa fra contrapposte esigenze, rischia soltanto di portare quell’aspro conflitto dentro all’interpretazione senza fornire al giudice alcuno strumento effettivo per governarlo.

Questi ultimi rilievi comportano alcune precisazioni sui rapporti fra norma amministrativa, bene giuridico, tutela di funzioni e norma penale.

8. Tutela di beni e tutela di funzioni in campo edilizio

Le tipologie di mancato rispetto di un comportamento doveroso del privato nei confronti di una funzione amministrativa di autorizzazione e controllo sono costruite, nel nostro ordinamento, su schemi molto diversi fra loro, che condizionano anche la natura ed il livello delle sanzioni. Limitandoci alla materia edilizia che offre evidenti spunti, oltre al permesso di costruire (che comporta l’individuazione di specifici obblighi e limiti per l’attività edilizia), vi sono casi in cui si prevede un semplice obbligo di comunicazione parte del privato punito con sanzione amministrativa, come quando va inoltrata la denuncia d’inizio attività (es. straordinaria manutenzione).

Nell’assetto complessivo delle norme che disciplinano l’attività edilizia, il permesso di costruire e la D.I.A., sono sorretti da un sistema di illeciti, penali o amministrativi, volti a garantire le funzioni amministrative di governo, di gestione e di controllo sugli interventi edilizi.

All’interno del sistema di tutela della funzione amministrativa denominata *governo del territorio*, troviamo dunque due tecniche di tutela. Una di esse, quella che corrisponde all’area per la quale è previsto il permesso, presenta quali tratti caratteristici la significatività dell’intervento e, quando tale titolo è obbligatorio, la necessità di predisporre prescrizioni individualizzate ed è sorretta da sanzioni penali in caso di trasgressione.

Nel caso in cui è prevista esclusivamente la D.I.A. il quadro integra il mero esercizio di funzioni tutelato da sanzioni amministrative che contribuiscono, col criterio dell’*extrema ratio*, a caratterizzare opportunamente il sistema penale nel senso di evitare che quest’ultimo si presenti costellato da una pletora di illeciti che rendono non facilmente individuabile l’oggetto di tutela e rimandano alla sede giudiziaria l’esigenza di espungere i comportamenti esigui e quelli privi di ogni reale offensività.

Per cogliere la ragione di fondo che ha portato a costruire le nostre contravvenzioni, in un quadro di tutela dal governo del territorio, a tutela di un vero e proprio bene giuridico, mantenendo sullo sfondo in termini di pericolo astratto, (attraverso la complessiva tutela amministrativa apprestata da parametri prestabiliti in via generale dagli strumenti urbanistici), l'assetto finale del territorio, occorre, seguendo un profilo che anima da tempo il dibattito dottrinale, verificare il rapporto che si instaura fra la struttura criminosa e le norme che disciplinano lo specifico settore, senza ovviamente fermarsi alla loro esegesi. Nel nostro caso occorre valutare il rapporto che si instaura fra le contravvenzioni edilizie e le norme amministrative richiamate, e cioè quelle che disciplinano il rilascio della concessione edilizia e solo a quel punto si può verificare se i profili della funzione amministrativa tutelati penalmente si esaurisca no in tale tutela ovvero se salvaguardino un bene giuridico

Dalla disciplina urbanistica emerge chiaramente che il legislatore ha inteso *punire penalmente il privato che si è sottratto all'azione di governo del territorio* dell'amministrazione comunale e che l'azione di quest'ultima si muove solo parzialmente in un quadro di discrezionalità tecnica, poiché nel rilascio del permesso sono prevalenti i profili di *trasfusione di vincolanti scelte urbanistiche*.

Si impone dunque di chiarire il rapporto fra beni e funzioni nelle contravvenzioni edilizie: queste ultime, infatti, esprimono l'esigenza di apprestare protezione per il bene finale attraverso una calibrata differenziazione dell'intervento amministrativo e di quello penale, mirando ad un'azione efficace attraverso un intervento *preliminare*, che anticipa la sua tutela ed impedisce l'avvio di interventi di modifica del territorio che possano attingere la soglia del pericolo astratto e dunque la vera e propria offesa.

Nel momento in cui il soggetto attivo si sottrae al controllo pubblico ha già offeso il bene giuridico rappresentato dal governo del territorio. Nello stesso tempo le attività sottratte al controllo hanno un alto grado di *astratta pericolosità* a causa della loro stessa natura *strumentale* rispetto alla tutela del bene finale per cui sono state poste, in quanto hanno precluso proprio la valutazione amministrativa sulla pericolosità per tale bene.

Le nozioni di *tutela del bene giuridico*, e quella di *tutela di funzioni pubbliche*, non possono ancora contare su un sistema di norme penali positive che ne indichino la portata in termini precisi e determinati, e da questa considerazione nasce l'evidente profilo problematico del loro punto di convergenza. Trovandosi a convivere, non può affermarsi o escludersi *in maniera generalizzata* la loro compatibilità, specie laddove la funzione prevede divieti dal contenuto formale che rappresentano una tutela fortemente "remota" rispetto alla violazione del bene.

Tale considerazione, tuttavia, non appare contraddire la possibilità che la tutela sia apprestata attraverso veri e propri beni giuridici che si concretizzano nell'esercizio di funzioni quando, in specifici ambiti normativi come quello edilizio ed urbanistico, la funzione governa i comportamenti individuali in un contesto molto "prossimo" alla possibile offesa e si contrapponga a comportamenti illegali rendono difficilmente comprensibile l'abusivo sfuggire al controllo dell'autorità in assenza di secondi fini, poco rispettosi dell'assetto edilizio ed urbanistico del territorio.

Indubbiamente una caratterizzazione precisa e ragionevole dei rapporti fra tutela del bene e tutela della funzione potrebbe essere meglio realizzata da una più attenta formulazione delle norme della legislazione complementare. Le radici del contrasto, infatti, sono favorite da un sistema contravvenzionale che punisce, all'interno dello stesso quadro normativo, comportamenti che vanno dalla mancata apposizione del cartello di cantiere, i cui tratti sono inconfondibilmente quelli del reato-ostacolo, alla costruzione di abitazioni senza permesso su terreno non edificabile, dai tratti del comportamento gravemente lesivo dell'assetto del territorio.

9. La concezione sostanzialistica delle contravvenzioni edilizia. Opere conformi a permesso illegittimo e “graduazione” nelle tre ipotesi dell'art. 44 del T.U

Sono due le ricostruzioni interpretative, nel quadro della concezione sostanzialistica, che presuppongono, quale oggetto giuridico di tutela delle contravvenzioni edilizie, il bene giuridico *finale* costituito dalla legalità urbanistica nell'assetto del territorio.

In base alla prima formulazione, quella già esaminata e individuata dalla sentenza Borgia, è configurabile, per chi costruisce con permesso contrastante con la normativa urbanistica, *il solo reato previsto dalla lett. a).*

In forza di altra interpretazione giurisprudenziale, il “costruttore” che si avvale di permesso illegittimo può rispondere, a seconda della gravità dello “scarto” esistente tra opera realizzata e legalità urbanistica, di *tutte e tre le ipotesi previste dall'art. 44.*

La contrapposizione tra “bene strumentale” e “bene finale” tende dunque ad evolvere, accompagnata da un forte consolidamento della sovrapposizione tra interpretazione delle norme ed esigenze di politica criminale, ed andando ben oltre il contributo che, normalmente, è fornito dalla funzione interpretativa del bene giuridico, che tende a mantenere vivo il dialogo fra le esigenze sostanziali che hanno portato ad introdurre una norma (governate, nella fase di approvazione della legge, dalla politica criminale) e gli elementi tipici della fattispecie.

E' opportuno evidenziare come l'evolversi dell'interpretazione sostanzialistica metta a dura prova non solo i profili già esaminati della *divisione dei poteri*, del *bene giuridico* e del *principio di legalità*, ma indiscutibili “resistenze” che nascono dalla *tecnica legislativa* con cui sono formulate le contravvenzioni edilizie.

Il sistema urbanistico - edilizio (come avviene, in modo più o meno intenso, per altri beni o anche per semplici “settori” dell'ordinamento tutelati con l'espletamento di funzioni amministrative), è infatti incentrato su un complesso di poteri e di provvedimenti dell'autorità che delimitano l'intera materia, la cui astratta portata non può essere condizionata dalla concreta “efficacia”, anche se fosse talvolta così debole da dar luogo ad inerzia ovvero a provvedimenti illegittimi.

L'interpretazione suggerita dalla giurisprudenza non appare in grado di risolvere il problema di una tutela più diffusa degli interessi ambientali (se non aggiungendo ad una simile utilizzazione del bene giuridico una forzatura della tipicità), perché travolge il significato concreto e “culturale” del permesso, prima ancora che sul piano della liceità della condotta, su quello della concreta disciplina amministrativa che il legislatore ha realizzato nell'urbanistico e nell'edilizia.

L'interprete deve attribuire il dovuto rilievo alla tecnica legislativa, caratterizzata da una complessa attività amministrativa costituita da un livello, la pianificazione, *nel quale prevalgono ancora la generalità e l'astrattezza* delle norme e degli strumenti urbanistici, ed un livello *nel quale prevale l'atto amministrativo ad personam* rappresentato dal permesso (e dal procedimento per il suo rilascio). Il trascurare tale decisivo rilievo, travolge il significato che i due livelli assumono nella tutela complessiva del bene, fa scivolare verso soluzioni che appaiono sempre più distanti dal sistema legale voluto dal legislatore e porta all'interno del fatto tipico la tutela sostanziale addirittura in contrasto con la tecnica legislativa utilizzata.

Sulla base di tali premesse si riesce meglio a comprendere il senso delle due soluzioni adottate dalla giurisprudenza e l'evoluzione dall'una all'altra. La prima (sentenza Borgia) può essere sintetizzata nei seguenti termini: *qualunque violazione* alle norme urbanistiche ed alle prescrizioni del regolamento edilizio o del piano regolatore è da ritenersi punita ai sensi della *lett. a)*, anche se il concreto atto di edificazione appare legittimato dal contenuto del permesso.

La seconda interpretazione, invece, va ben oltre e ritiene punite ai sensi della *lett. a)* le violazioni alle norme urbanistiche ed alle prescrizioni del regolamento edilizio o del piano regolatore *nel caso in cui la costruzione realizzata sia in parziale difformità o in variazione essenziale rispetto alla c.d. legalità urbanistica*. Conseguentemente, in caso di totale difformità *dalla legalità urbanistica*, ricorrerebbero le ben più gravi contravvenzioni previste dalla *lett. b)* o dalla *lett. c)*.

Quest'ultimo è l'esito più discutibile dell'interpretazione, che porta a conseguenze estreme le impostazioni che considerano "permesso" solo quello rispettoso di tutte le norme e gli strumenti di pianificazione, determinando un duplice effetto - paradosso.

In primo luogo introduce nell'ordinamento, attraverso un evidente uso dell'analogia in *malam partem*, le figure di costruzione in parziale e totale difformità dagli strumenti urbanistici non previsti dalla norma incriminatrice. Il fatto tipico delle tre fattispecie è costituito dallo "scarto" di difformità tra costruzione e permesso (letteralmente: *"esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso"*), infatti, è esteso al rapporto fra costruzione e strumenti di pianificazione.

Si assiste dunque, con l'evolvere della giurisprudenza, ad una sempre più accentuata volatilizzazione, ai fini penali, del contenuto legittimante degli atti amministrativi, e delle regole che governano in tale ambito la divisione dei poteri.

La finalità d'apprestare tutela sostanziale al bene, si traduce in una lettura del sistema che "forza" sulla tecnica legislativa utilizzata ed accede ad una lettura abrogante della portata del permesso non solo come titolo di legittimazione, ma anche come "filtro interpretativo" delle norme applicabili al caso singolo. Indubbiamente, in questo modo, lo "strappo", sia pure in nome dell'antigiuridicità generale, è ancor più marcato poiché, assieme alla tutela sostanzialistica del bene giuridico, passa non solo la lettura in tale chiave del permesso di costruire (che si trascinerebbe dietro tutte le norme e la pianificazione applicabili al caso singolo), ma dello stesso principio di legalità (attraverso lo svuotamento del senso proprio dei singoli elementi tipici della fattispecie se ritenuti contrastanti con la tutela finale del bene).

La forzatura sulla tecnica legislativa mostra anche un significativo *difetto di ragionevolezza* che caratterizzerebbe le fattispecie penali così interpretate. Il rispetto delle regole imposte dall'autorità amministrativa avrebbe “stabilità”, secondo l'impostazione criticata, per le sole scelte di merito, in quanto leggi, piani urbanistici e norme regolamentari formerebbero oggetto di ulteriore valutazione interpretativa in sede penale. Mai il Dirigente comunale potrebbe dare al privato la certezza di poter costruire legittimamente: tutto sarebbe subordinato comunque alle scelte interpretative del giudice poiché, secondo la giurisprudenza, *“dinanzi ad un atto amministrativo che costituisce presupposto o elemento costitutivo di un reato, ed in tale ipotesi l'esame deve riguardare l'integrazione o meno della fattispecie penale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela”*.

Né il legislatore, né l'interprete possono porre in secondo piano la considerazione che la tecnica legislativa che costruisce la fattispecie penale come mancato rispetto di provvedimenti della pubblica amministrazione e quella che punisce condotte ritenute direttamente offensive di un certo bene non sono equivalenti fra loro, ma derivano da specifiche opzioni. Nel nostro caso l'impostazione sostanzialistica non è in alcun modo “leggibile” nel corpo della legge o nel percorso della sua formazione.

L'interpretazione sostanzialistica aperta alle tre figure contravvenzionali rappresenta un vero e proprio superamento della sentenza Borgia, che individuò nella *lett. a)* la figura che persegue, nel senso indicato, tutte le ipotesi di *“inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive”* previste dalle norme urbanistiche oltre che dai *“regolamenti edilizi”* e *“dagli strumenti urbanistici”*.

L'allargamento a tutte e tre le contravvenzioni edilizie prende corpo poiché la giurisprudenza sviluppa, innanzitutto, il profilo della gravità del contrasto tra l'opera realizzata e la *legalità urbanistica* da un lato, ed il livello delle sanzioni dall'altro. Reagisce dunque alla critica che rilevava come tale reato preveda una pena troppo lieve, la sola ammenda, che contrasta con la possibilità di ritenerlo applicabile all'intera gamma delle condotte di chi rilascia ed utilizza permessi illegittimi.

Il punto di partenza sarebbe costituito proprio dalla *lett. a)*, che darebbe corpo, coi suoi richiami normativi, non solo ad una fattispecie penale, ma anche ad un vero e proprio principio: *il permesso consente di costruire solo se il suo contenuto è legittimo e il giudice ne deve valutare la legittimità e perseguire l'illegittimità, in base alle norme di riferimento.*

Si realizzerebbe, dunque, attraverso un argomento che non mostra particolare forza, un vero e proprio “superamento” delle esplicite conclusioni della sentenza Borgia, secondo la quale il profilo del reato commesso con *“l'esecuzione dei lavori con concessione illegittima è risolto dallo stesso legislatore che espressamente assoggetta tali opere alla sanzione di cui alla lettera a)”*. Se, afferma la giurisprudenza, in base all'affermazione già in precedenza illustrata, la *lett. a)* contiene l'affermazione che le norme e prescrizioni valide nel caso concreto devono essere state necessariamente prese in considerazione, altrettanto necessariamente la norma si modella anche in base allo “scarto” fra le ipotesi criminose.

La trasgressione della legalità urbanistica, conseguentemente, non sarebbe perseguibile soltanto ai sensi della *lett. a)*, ma secondo un ventaglio di possibilità.

Così, ad esempio, se il regolamento edilizio prevede un certo rapporto fra posti - auto e alloggi e sia stato realizzato, conformemente al permesso, un rapporto inferiore alla misura minima non sarà configurabile sempre e soltanto il reato previsto dalla *lett. a)*, ma possano ricorrere anche le altre ipotesi dell'art. 44 a seconda della gravità della divergenza dalle norme, valutate nel loro contenuto sostanziale.

E' dunque sottoposta a critica, per quanto concerne la fattispecie penale applicabile, la sentenza delle Sezioni unite che, in modo esplicito, aveva ritenuto non configurabili nel caso di specie le figure previste dalle *lett. b)* e *c)* coi seguenti argomenti (tratti dalla giurisprudenza, in particolare da Cass. 14.7.1994):

- le norme urbanistiche sarebbero poste a tutela di due interessi: quello strumentale al rispetto della concessione e quello finale e prevalente che consiste nel rispetto dell'intero complesso di disposizioni che regolano il governo del territorio;
- sia la contravvenzione prevista dalla *lett.a)*, sia la disciplina gli obblighi dei vari soggetti, sia quella di annullamento del titolo, comportano due giudizi di conformità delle opere: alla concessione ed alla normativa e pianificazione urbanistica;
- trattandosi di norme organicamente collegate, dovrebbe concludersi che tali giudizi di conformità abbiano il medesimo oggetto, poiché non può esservi conformità al titolo e difformità da dette norme e strumenti, a meno che il primo non sia illegittimo ed a tale ipotesi si riferirebbe la contravvenzione che potremmo definire "normativa" della *lett. a)*;
- alcuni elementi porterebbero ad escludere i reati previsti dalla *lett. b)* e dalla *lett. c)* poiché il richiamo che l'art. 6 L. 47/85 faceva alle "norme del presente capo" fra cui quella contenente le contravvenzioni, non consentiva di cogliere a quale delle tre ipotesi si facesse riferimento e la sola ipotesi della *lett. a)* punisce gli abusi in presenza di titolo abilitativo, mentre e quelle delle *lett. b)* e *c)* si riferiscono alle sole ipotesi di sua assenza o di totale difformità dallo stesso;
- l'elemento "tipico", nella ritenuta punibilità della violazione diretta della normativa urbanistica desumibile dalla *lett. a)*, non chiarisce quale fra le tre contravvenzioni edilizie sia applicabile, poiché rimanda alla divergenza, parziale o totale, rispetto alla legalità urbanistica che deriverebbe dal loro differente contenuto;
- conseguentemente si applicherebbe quella, fra le tre contravvenzioni, il cui grado astratto di divergenza corrisponde a quello ricorrente nel caso concreto.

La sentenza Borgia faceva comunque salva una lettura della fattispecie secondo i criteri di "espressa previsione", incanalando l'interpretazione verso l'elemento tipico, costituito dall'inosservanza prevista dalla *lett. a)*. Con la nuova giurisprudenza, sorretta da una dimostrazione della tipicità della nozione di "divergenza dalla legalità urbanistica" che appare particolarmente evasiva, questo legame è abbandonato.

E' molto aderente a tale risultato interpretativo l'opinione di chi aveva previsto le possibili conseguenze degli sviluppi della lettura sostanzialistica del bene giuridico (ALIBRANDI), affermando che si sarebbe finito "*con l'attuare un'inammissibile confusione tra invalidità e disapplicazione del provvedimento e, d'altra parte, tra poteri di sindacato del giudice sul provvedimento e possibilità del destinatario dell'atto di rilevarne e valutarne gli eventuali vizi che possono inficiarlo*".